

# **Rahmenbedingungen des europäischen Gemeinschaftsrechts für die Abfallentsorgung**

- aufgezeigt am Beispiel der Entsorgung von Verpackungsabfällen in Deutschland -

*Astrid Epiney, Fribourg (CH)*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

***Astrid Epiney, Rahmenbedingungen des europäischen Gemeinschaftsrechts für die Abfallentsorgung, aufgezeigt am Beispiel der Entsorgung von Verpackungsabfällen in Deutschland, in: Hendler, Reinhard (Hrsg.), Abfallentsorgung zwischen Wettbewerb und hoheitlicher Lenkung. Rechtsfragen aus nationaler und europäischer Perspektive, Berlin 2001, S. 37-67. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript Abweichungen enthält.***

## **I. Problemstellung**

Abfallentsorgung ist natürlich – und dies nicht erst seit der Feststellung des EuGH, dass Abfälle in jedem Fall als Waren zu betrachten seien<sup>1</sup> – eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Art. 2, 3 EGV, so dass diesbezügliche staatliche Regelungen und private Verhaltensweisen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen und mit den verschiedenen, hier zu beachtenden vertraglichen Vorgaben in Konflikt geraten können. Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei Strukturen, die zumindest faktisch Monopole schaffen oder mit sich bringen.

Im Mittelpunkt des derzeitigen Interesses in Deutschland steht die Ausgestaltung der Entsorgung von Verpackungsabfällen auf der Grundlage der einschlägigen Regelungen der Verpackungsverordnung über das „Duale System Deutschland“ (DSD). Im Folgenden sollen vor diesem Hintergrund die diesbezüglichen europarechtlichen Rahmenbedingungen entwickelt und exemplarisch auf die Ausgestaltung der Entsorgung von Verpackungsabfällen angewandt werden (III.). Der vorliegende Beitrag konzentriert sich dabei (auf Wunsch der Veranstalter) auf dieses Beispiel, was aber eine Übertragbarkeit auf parallel gelagerte Fragestellungen in anderen Mitgliedstaaten natürlich nicht ausschließt. Ausgangspunkt ist dabei notwendigerweise die Ausgestaltung und Funktionsweise des DSD (II.), wobei sich die Ausführungen hier allerdings angesichts der schon erfolgten Befassung mit diesem System<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> EuGH, Rs. 2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431.

<sup>2</sup> Vgl. die Überblicke bei *Werner Hoppe/Martin Beckmann/Petra Kauch*, Umweltrecht, 2. Aufl., 2000, 754 ff.; *Michael Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, 1225 f.; *Bernd Bender/Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel*, Umweltrecht. Grundzüge des öffentlichen Umweltschutzrechts, 4. Aufl., 2000, 599 ff., 643 ff.; *Dirk Ehle*, Die Einbeziehung des Umweltschutzes in das europäische Kartellrecht, 1996, 61 f.; *Detloff von Winterfeld*, Die Verpackungsverordnung – rechtliche Rahmenbedingungen der

auf einen Überblick beschränken und insbesondere für unseren Themenkreis relevante Charakteristika des Systems hervorgehoben werden sollen.

## II. Das Duale System Deutschland – Rechtsgrundlagen und Funktionsweise

Ausgangspunkt für die Entwicklung des sog. Dualen Systems Deutschland ist die in § 6 I, II VerpackV stipulierte grundsätzliche Rücknahmepflicht von (Verkaufs-) Verpackungen, gekoppelt mit einer grundsätzlichen Pflicht zur stofflichen Verwertung, auch für Verpackungen bzw. Verpackungsabfälle. Diese Pflichten entfallen nämlich nach § 6 III 1 VerpackV in Bezug auf solche Verpackungen, „für die sich der Hersteller oder Vertreiber an einem System beteiligt, das flächendeckend im Einzugsgebiet des (...) verpflichteten Vertreibers eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen (...) gewährleistet (...)“. Diese Bestimmung schafft letztlich die Grundlage für ein „zweigleisiges“ (eben deshalb „duales“) Entsorgungssystem: Neben die öffentliche Abfallentsorgung durch die entsorgungspflichtigen Körperschaften tritt ein zweites, von der Privatwirtschaft getragenes Entsorgungssystem. Vor diesem Hintergrund und letztlich „auf der Grundlage“ von § 6 III VerpackV ist dann die „Duales System Deutschland GmbH“ (DSD)<sup>3</sup> mit Sitz in Bonn gegründet worden<sup>4</sup>, die selbständig für die Rücknahme und Verwertung von Verpackungsabfällen sorgt.

Deutlich wird damit auch, dass zwischen der rechtlichen Grundlegung der Wahrnehmung der Abfallentsorgung durch Private einerseits und der konkreten Aufgabenwahrnehmung durch die DSD-GmbH andererseits zu unterscheiden ist.

### 1. Zur rechtlichen Tragweite des § 6 III VerpackV

---

Verpackungsentsorgung in der deutschen und EG-Gesetzgebung, FS Arved Deringer, 1993, 195 (200 ff.); ausführlicher *Werner Hoppe/Clemens Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen dualer Entsorgungssysteme. Das Rechtsverhältnis zwischen Systembetreiber und Kommunen, 1999, 1 ff.; *Claudio Franzius*, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, 191 ff.; *Andreas Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, passim; *Sophie Thomé-Kozmiensky*, Die Verpackungsverordnung, Rechtmäßigkeit, „Duales System“, Europarecht, 1994, passim; *Kathrin Becker-Schwarze*, Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts bei umweltschützenden Unternehmenskooperationen. Das Beispiel der Verpackungsverordnung, 1997, 31 ff.; *Rupert Scholz/Josef Aulehner*, Umweltstrategien im Verpackungsrecht – Mehrwegquote, Zwangspfand oder Lizenzierung?, 1998; speziell aus ökonomischer Sicht zur Regelung in der Verpackungsverordnung und den Tätigkeiten der DSD *Peter Michaelis*, Verpackungsverordnung und Duales System aus ökonomischer Sicht, UPR 1998, 210 ff.

<sup>3</sup> „Der grüne Punkt. Duales System Deutschland. Gesellschaft für Abfallvermeidung und Sekundärrohstoffverwertung mbH“.

<sup>4</sup> Vgl. zum DSD die Nachweise in Fn. 2.

§ 6 III VerpackV knüpft an die Einrichtung eines Abfallentsorgungssystems bestimmte Rechtsfolgen in Bezug auf die (wegfallende) Verpflichtung zur Zurücknahme von (Verkaufs-) Verpackungen, so dass insofern eine gewisse Einbindung der engagierten Privaten in die (öffentliche) Aufgabe der Abfallentsorgung erfolgt. Im Einzelnen können die wesentlichen Charakteristika der in § 6 III VerpackV vorgesehenen Regelung durch folgende Punkte zusammengefasst werden<sup>5</sup>:

- Der *Anwendungsbereich* des § 6 III VerpackV ist auf *Verkaufsverpackungen* beschränkt, so dass Transport- und Umverpackungen immer zurückzunehmen sind<sup>6</sup>.
- Erfasst werden nur solche privaten Rücknahme- und Verwertungssysteme, die *flächendeckend* sind (§ 6 III 1 VerpackV). Diese Voraussetzung ist dann gegeben, wenn mindestens ein gesamtes Bundesland erfasst wird<sup>7</sup>. Gewährleistet werden muss in ausreichender Weise eine *regelmäßige Abholung* gebrauchter Verkaufsverpackungen entweder beim Endverbraucher oder in dessen Nähe (§ 6 III 1 VerpackV)<sup>8</sup>.
- Im Jahresmittel müssen die im Anhang I der Verpackungsverordnung genannten *Erfassungs- und Sortierquoten* für die verschiedenen Materialgruppen erreicht werden (§ 6 III 1, 2 iVm Anhang I VerpackV).

Anhang I enthält darüber hinaus noch eine Reihe weiterer Anforderungen, die im Wesentlichen die in § 6 III VerpackV formulierten Vorgaben präzisieren. Die Erfüllung dieser Anforderungen muss durch das System in geeigneter Weise nachgewiesen werden.

- Weiterhin ist nach § 6 III 4 VerpackV das einzurichtende System auf *vorhandene Sammel- und Verwertungssysteme* der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, in deren Bereich es eingerichtet wird, *abzustimmen*.

Die Abstimmung hat in Schriftform zu erfolgen (§ 6 III 5 VerpackV). In inhaltlicher Hinsicht sind bei der Abstimmung die Belange der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger besonders zu berücksichtigen (§ 6 III 7 VerpackV); diese können denn auch die Übernahme oder Mitbenutzung der Einrichtungen, die für die Sammlung und Sortierung von Materialien erforderlich sind, gegen ein angemessenes Entgelt verlangen (§ 6 III 8 VerpackV)<sup>9</sup>. Weiterhin darf diese Abstimmung der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen im Wettbewerb nicht entgegenstehen (§ 6 III 9 iVm Anhang I Nr. 3 III Nr. 2 VerpackV)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu etwa *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 61 f.; *Franzius*, Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung (Fn. 2), 191 ff.; ausführlich zur Regelung insbesondere *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 49 ff.

<sup>6</sup> Ausdrücklich *Kloepfer*, Umweltrecht (Fn. 2), 1224.

<sup>7</sup> Vgl. ausführlich *Hofmann-Hoeppel*, DVBl. 1993, 873 ff.; s. auch *Fritz Flanderka*, Struktur und Ausgestaltung des dualen Systems in der Bundesrepublik Deutschland, BB 1996, 649.

<sup>8</sup> Zur Präzisierung dieser Anforderung z.B. VG Freiburg, NVwZ-RR 1995, 255 (257); s. auch *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 f.

<sup>9</sup> Dieses Erfordernis soll im Ergebnis sicherstellen, dass die Kommunen, die bereits (vor Inkrafttreten dieser Regelung) entsprechend investiert haben, ihre Aufwendungen nicht umsonst getan haben, vgl. *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht (Fn. 2), 754.

<sup>10</sup> Zu erwähnen ist darüber hinaus, dass der Systembetreiber verpflichtet ist, sich an den Kosten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu beteiligen, die durch Abfallberatung für sein System und durch die Errichtung, Bereitstellung, Unterhaltung sowie Sauberhaltung von Flächen für die Aufstellung von Sammelgroßbehältern entstehen (§ 6 III 10 VerpackV).

- Die zuständige Landesbehörde muss (auf Antrag) *feststellen*, dass ein System tatsächlich flächendeckend ist (§ 6 III 1 VerpackV); diese Feststellung darf nur erfolgen, wenn den erwähnten Vorgaben (in § 6 III VerpackV formuliert) Genüge getan ist. Ein Widerruf dieser Feststellung ist unter den in § 6 IV VerpackV genannten Voraussetzungen möglich.
- Als *Rechtsfolge* sieht § 6 III 1 VerpackV vor, dass die Rücknahmepflicht der am System beteiligten Hersteller oder Vertreiber nach § 6 I, II VerpackV entfallen.

## 2. Zu den Aktivitäten der DSD-GmbH

Ausgehend von dem skizzierten rechtlichen Rahmen des § 6 III VerpackV wurde vom Handel, der abpackenden Industrie, Verpackungsherstellern sowie Vormateriallieferanten<sup>11</sup> 1990 die „Duales System Deutschland GmbH“ (DSD) mit Sitz in Bonn<sup>12</sup> gegründet<sup>13</sup>. Sie kann als privates System grundsätzlich unabhängig von den entsorgungspflichtigen Kommunen die Abfallentsorgung betreiben<sup>14</sup> und hat inzwischen in allen Bundesländern die nach § 6 III 1 VerpackV erforderliche Feststellung des Bestehens eines flächendeckenden Systems der Abfallentsorgung erwirkt<sup>15</sup>. In der Praxis nimmt die DSD-GmbH ihre Aufgabe auf der Grundlage verschiedener Rechtsbeziehungen wahr<sup>16</sup>:

- Die DSD gestattet („lizensiert“) die Herstellung von Verpackungen zur Benutzung ihres Warenzeichens, des „Grünen Punktes“<sup>17</sup>. Der Lizenznehmer (Hersteller oder Vertreiber, also Handel und Industrie) leistet im Gegenzug für die Teilnahme am dualen System ein (Lizenz-) Entgelt. Dessen Höhe bemisst sich nach Volumen, Oberfläche

<sup>11</sup> Vgl. zu diesen Gesellschaftern *Ingo Brinker/Michael Horak*, Umweltschutz und Wettbewerb, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht (EUDUR) II, 1998, § 81, Rdnr. 18.

<sup>12</sup> Zwischenzeitlich wurde der Firmensitz nach Köln verlegt, vgl. *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651).

<sup>13</sup> Zur DSD etwa *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 1 ff.; *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651 f.); *Jürgen Fluck*, Ausgewählte Rechtsfragen der Verpackungsverordnung, DB 1993, 211 (212 ff.); ausführlich *Thomé-Kozmiensky*, Die Verpackungsverordnung (Fn. 2), 88 ff.; *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 70 ff.; umfassend auch *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 58 ff.;

<sup>14</sup> Vgl. *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht (Fn. 2), 755.

<sup>15</sup> Dies bereits 1992/93, vgl. *Alexander Schink*, Behandlung besonderer Abfallarten, in: Hans-Werner Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht (EUDUR) II, § 74, Rdnr. 91; *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (650), die auch auf die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen in dieser behördlichen Feststellung eingehen. S. auch *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 1.

<sup>16</sup> Ausgangspunkt ist dabei, dass § 6 III VerpackV nur einen Rahmen gibt und gewisse Grundanforderungen formuliert, während die konkrete Ausgestaltung der Wahrnehmung der Aufgabe der Abfallentsorgung (inklusive der Organisations- und Rechtsform) in den Verantwortungsbereich der privaten Akteure fällt, vgl. ausdrücklich *Kloepfer*, Umweltrecht (Fn. 2), 1225; *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651); *Walter Frenz*, Die Verwirklichung des Verursacherprinzips im Abfallrecht, 1996, 62 f.

<sup>17</sup> Es handelt sich hier also um Zeichennutzungsverträge: Die DSD gewährt den Vertragspartnern das Recht, ihr Warenzeichen (der Grüne Punkt ist ein international geschütztes Warenzeichen der DSD, vgl. *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649, 651) auf ihren Verkaufsverpackungen anzubringen. Vgl. in diesem Zusammenhang *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651); *Kloepfer*, Umweltrecht (Fn. 2), 1225.

oder Gewicht der Verpackungen<sup>18</sup>. Dieses Entgelt wird in der Regel auf die Produktpreise umgelegt<sup>19</sup>. Die Verwendung des Grünen Punktes dokumentiert die Teilnahme am DSD-System. Importierte Produkte aus dem EWR-Raum werden gleichberechtigt in das Duale System einbezogen<sup>20</sup>.

Dieses Lizenzierungssystem bedeutet letztlich, dass nur die mit dem Grünen Punkt gekennzeichneten Verpackungen vom dualen System erfasst werden und von der DSD eingesammelt werden. Für sich noch im Verkehr befindliche andere Verkaufsverpackungen hingegen besteht die Rücknahmepflicht aus § 6 I, II VerpackV weiter<sup>21</sup>. Allerdings gibt es solche kaum noch, garantiert der Handel doch zumindest faktisch<sup>22</sup> der DSD, nur noch Produkte mit dem „Grünen Punkt“ zu verkaufen<sup>23</sup>.

- Dem Konzept nach werden die Abfälle separat eingesammelt (im „Gelben Sack“ oder der „Gelben Tonne“) und der Sortierung und Verwertung in eigenen Verwertungsstätten bzw. unter Aufsicht und Verantwortung der DSD zugeführt. In der Praxis schließt die DSD mit Gebietskörperschaften<sup>24</sup> oder mit privaten Entsorgungsunternehmen Verträge (sog. „Leistungsverträge“<sup>25</sup>), die diesen das Einsammeln und Sortieren nach Materialgruppen übertragen<sup>26</sup>; diese Verpflichtungen beziehen sich nur auf die Verpackungen mit dem Grünen Punkt. In der Regel wird für jeweils eine Gemeinde nur ein Unternehmen beauftragt, was wohl auch mit dem Abstimmungsgebot zusammenhängt, das eben den Gemeinden eine relativ starke Verhandlungsposition einräumt<sup>27</sup>.

Im Rahmen dieser Leistungsverträge wird manchmal auch die nachfolgende Verwertung als Aufgabe übertragen; meist jedoch wird die Verwertung von den jeweiligen Wirtschaftsbranchen, die die Verpackungen produziert hatten, in brancheneigenen Verwertungsgesellschaften oder aber von speziellen Verwertungsgesellschaften<sup>28</sup>, die unter Beteiligung von Verpackungsherstellern,

---

<sup>18</sup> Zur Bemessung des Entgelts *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651 f.), der zudem darauf hinweist, dass das Lizenzentgelt nur für Produkte erhoben wird, die auf dem deutschen Markt abgesetzt werden.

<sup>19</sup> Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht (Fn. 2), 1225; *Hoppe/Beckmann/Kauch*, Umweltrecht (Fn. 2), 755.

<sup>20</sup> *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651).

<sup>21</sup> Vgl. ausdrücklich *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (651).

<sup>22</sup> So *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 24.

<sup>23</sup> Ausdrücklich *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht (Fn. 2), 644; *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 309. Allerdings wurde eine entsprechende Klausel auf Betreiben der Kartellbehörden aus dem Gesellschaftsvertrag der DSD gestrichen, vgl. *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 101.

<sup>24</sup> Bei diesen dann in der Regel im Rahmen der nach § 6 III 4, 5 VerpackV notwendigen Abstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern.

<sup>25</sup> Vgl. *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 11; ausführlich zu diesen Verträgen *dieselb.*, 16 f.

<sup>26</sup> Es gibt also kein bundeseinheitlich geregeltes Sammlungs- und Verwertungssystem, sondern mehrere auf die Gegebenheiten in den verschiedenen Ländern und Gemeinden abgestimmte Modelle, vgl. *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649 (652). S. auch *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 11 f., wo auch Angaben über die Zahl der abgeschlossenen Verträge und die Vertragspartner zu finden sind.

<sup>27</sup> Vgl. *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 60.

<sup>28</sup> Diese spezialisieren sich auf bestimmte Materialien; ca. 10 solcher Garantiegeber haben sich auf Glas, Aluminium, Kunststoff, Papier und Getränkeverpackungen spezialisiert, vgl. *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht (Fn. 2), 644.



Entsorgungsunternehmen und manchmal auch großen Energieversorgern in Erscheinung treten, übernommen. Diese Gesellschaften geben der DSD eine Abnahmegarantie und den vorgeschriebenen Quoten entsprechende Verwertungsgarantie (über sog. Garantieverträge), was im Hinblick auf die Einhaltung der von der Verpackungsverordnung vorgeschriebenen Verwertungsquoten notwendig ist.

### 3. Zusammenfassung: zum Steuerungsmodell der Verpackungsverordnung

Insgesamt sind also bei der Regelung der Verpackungsverordnung (§ 6 III) und der Wahrnehmung der Abfallentsorgung durch die DSD zwei Ebenen zu unterscheiden<sup>29</sup>:

- Die normative Regelung des § 6 I, II VerpackV gibt den Adressaten (Hersteller und Vertreiber von Verpackungen) bestimmte Pflichten auf, eben die zur Rücknahme und Verwertung von Verpackungsabfällen.
- Von diesen Pflichten wird man entbunden, wenn man sich an einem den Anforderungen des § 6 III VerpackV genügenden System beteiligt. Diese Beteiligung selbst ist grundsätzlich freiwillig; an diese freiwillige Selbstverpflichtung werden aber durch § 6 III VerpackV bestimmte Rechtspflichten geknüpft, eben die Entbindung von der grundsätzlichen Rücknahmepflicht der Verpackungen. Diese Freistellung wird verwaltungsrechtlich durch die diesbezügliche feststellende Verfügung ausgelöst.

Vor diesem Hintergrund ist denn das Steuerungsmodell der Verpackungsverordnung zutreffend als „ordnungsrechtliche Primärpflicht mit Abwendungsbefugnis“<sup>30</sup> bezeichnet worden. In Bezug auf die Schaffung des Dualen Systems beschränkt sich die Rolle des Staates also darauf, auf seine Bildung hinzuwirken und die normativen Voraussetzungen hierfür zu schaffen, ohne aber eine diesbezügliche Verpflichtung zu statuieren. Das System selbst ist denn auch nicht Adressat der Verpackungsverordnung, weshalb ihm grundsätzlich keine behördlichen Auflagen für seinen Betrieb gemacht werden dürfen<sup>31</sup>. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass die Kombination der Primärpflicht mit der Ablösungsmöglichkeit durch die Beteiligung an einem Entsorgungssystem einen sehr starken Anreiz für die Schaffung eines solchen Systems impliziert, ist die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten auf individueller Basis doch sehr kostspielig und wohl tendenziell auch insgesamt ungünstiger für Hersteller und Vertreiber von Verpackungen als die Beteiligung an einem Entsorgungssystem.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu auch *Matthias Schmidt-Preuß*, Verpackungsverordnung und Kartellrecht, FS Lieberknecht, München 1997, 549 (551); *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 30. Zum Steuerungskonzept der § 6 I-III VerpackV auch *Rupert Scholz/Josef Aulehner*, Grundfragen zum Dualen System, BB 1993, 2250 (2251 ff.); *Andreas Voßkuhle*, Das Kompensationsprinzip, 1999, 212 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *Matthias Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 (185 f.).

<sup>31</sup> Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht (Fn. 2), 1226.

Aus rechtlicher Sicht beruht dieses System auf verschiedenen hoheitlichen und privaten Vorgaben bzw. Rechtsbeziehungen<sup>32</sup>:

- Die *gesetzlichen Regelungen der § 6 I, II, III VerpackV* bilden die normative Grundlage für das beschriebene System; erst diese gesetzliche Statuierung der Rechtspflichten sowie der Ablösungsmöglichkeit vermag den hier erörterten Mechanismus tatsächlich in Gang zu setzen. Die *Allgemeinverfügung* (Feststellung der obersten Landesbehörde, dass die Voraussetzungen der Verordnung erfüllt sind) stellt vor diesem Hintergrund dann letztlich die Anwendung der gesetzlichen Grundlagen auf den Einzelfall dar; sie ist praktisch als solche bereits in § 6 III VerpackV angelegt und inhaltlich weitgehend determiniert.

Zu erwähnen sind sodann noch die Abstimmungsvereinbarungen und Abstimmungserklärungen, die im Zusammenhang mit der Feststellungsverfügung zu sehen sind.

- Die *Gründung der DSD GmbH* stellt an sich eine „normale“ Begründung eines Unternehmens dar, der aber vor dem Hintergrund der rechtlichen und faktischen Umstände eine besondere Bedeutung zukommen kann.
- Die DSD schließt sodann mit privaten oder öffentlichen Entsorgungsunternehmen sog. *Leistungsverträge*, mit den Verwertungsgesellschaften sog. „*Garantieverträge*“; auch hier handelt es sich um „normale“ privatrechtlicher Verträge, deren Abschluss aber vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung zu sehen ist.

### **III. Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Ausgestaltung der Abfallentsorgung**

Bei der Abfallentsorgung werden verschiedene Akteure in der einen oder anderen Weise tätig, wie das Beispiel der Verpackungsverordnung und dem dann geschaffenen DSD anschaulich zu zeigen vermag. Vor diesem Hintergrund sind denn auch verschiedene gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei der konkreten Ausgestaltung der Abfallentsorgung zu beachten. Im Vordergrund stehen dabei das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung (1.), das gemeinschaftliche Vergaberecht (2.) sowie das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht (3.).

Verschiedentlich wird darüber hinaus aus der Sicht des deutschen Wettbewerbsrecht auch geltend gemacht, jedenfalls die Verwendung des „Grünen Punktes“ als Kennzeichen der Teilnahme am Dualen System verstoße gegen § 3 UWG, da er eine in Wirklichkeit nicht zwingend bestehende besondere Umweltfreundlichkeit des gekennzeichneten Produktes suggeriere und daher einen unlauteren Wettbewerb im Sinne dieser Vorschrift darstelle<sup>33</sup>. Angesichts der thematischen Beschränkung des vorliegenden Beitrags kann auf diese Frage hier nicht

---

<sup>32</sup> S. hier auch die Aufstellung im Einzelnen mit konkreten Beispielen bei *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 16 ff.

<sup>33</sup> Vgl. in diese Richtung *Thomas M. Lappe*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Umweltwerbung, 1994, 77; *Thomas M. Lappe*, Lauterkeitsrechtliche Kennzeichnung von Produkten mit Hilfe des „Grünen Punktes“, BB 1992, 1661 ff.; die Gegenansicht findet sich etwa bei *Flanderka*, BB 1996 (Fn. 7), 649

weiter eingegangen werden. Immerhin sei bemerkt, dass es jedenfalls mittlerweile erheblichen Zweifeln unterliegt, ob der Verbraucher angesichts der „flächendeckenden“ Verwendung des „Grünen Punktes“ mit diesem tatsächlich (noch) eine Aussage über die Umweltfreundlichkeit des Produkts verbindet. Vielmehr dürfte sich der dem Zeichen beigemessene Aussagewert im Ergebnis tatsächlich auf die Beteiligung am Dualen System beschränken.

# 1. *Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung (Art. 28 EGV)*

## a) Grundsatz

Art. 28 EGV<sup>34</sup> verbietet Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung in Bezug auf Waren. Allerdings verstoßen Regelungen, die zur Verfolgung eines in Art. 30 EGV genannten Interesses oder eines zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses notwendig sind, nicht gegen Art. 28 EGV. Wendet man die die sich aus den Grundsätzen der Art. 28 EGV ergebenden Vorgaben auf die Abfallentsorgung betreffende Regelungen an, so dürften insbesondere folgende Gesichtspunkte von Bedeutung sein:

- Der *Anwendungsbereich* des Art. 28 EGV ist jedenfalls eröffnet: Denn Abfälle sind aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht als Waren anzusehen<sup>35</sup>.
- Art. 28 EGV richtet sich grundsätzlich nur an die *Mitgliedstaaten* sowie die Gemeinschaft selbst; hingegen entfaltet diese Bestimmung grundsätzlich *keine unmittelbare Drittwirkung* zwischen Privaten. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass im Bereich der Personenverkehrsfreizügigkeit hier gewisse Relativierungen zu verzeichnen sind<sup>36</sup> und die neueste Rechtsprechung gar von einer umfassenden

---

(652); *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 69; *Hans Georg Graf Lambsdorff*, Werbung mit Umweltschutz, 1993, 28; s. auch das Urteil des Kammergerichts Berlin, BB 1994, 2299, das im Ergebnis einen Verstoß gegen die Bestimmungen des UWG ablehnte. Ausführlich zu wettbewerbsrechtlichen Aspekten von Umweltwerbung etwa *Walter Lindacher*, Umweltschutz in der Werbung – lauterkeitsrechtliche Probleme, in: Peter Marburger/Michael Reinhardt/Meinhard Schröder (Hrsg.), Umweltschutz und Wettbewerb, 1997, 67 ff. Umfassend zu § 3 UWG neuerdings *Judith Völker*, Irreführende Umweltwerbung, 2000. S. im Übrigen zu den wettbewerbsrechtlichen Probleme aus der Sicht des deutschen Rechts *Martin Beckmann*, Rechtsprobleme der Rücknahme- und Rückgabepflichten, DVBl. 1995, 313 (317 ff.).

<sup>34</sup> Es kann an dieser Stelle nicht darum gehen, sämtliche Rechtsfragen aus dem Bereich der Art. 28 ff. EGV zu erörtern. Vgl. für eine ausführliche Darstellung die Beiträge in den verschiedenen Kommentaren zum EG-Vertrag sowie folgende Monographien: *Kristina Hammer*, Handbuch zum freien Warenverkehr, 1998; *Thorsten Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Joachim Lang*, Die Freiheit des Warenverkehrs - Kontinuität und Wandel in der Rechtsprechung des EuGH, 1997; *Michael Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, 2000; *Jutta Keßler*, Das System der Warenverkehrsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 1997, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431. Auf diese, vor Erlass des zitierten Urteils umstrittene Frage soll im Folgenden nicht weiter eingegangen werden. Hingewiesen sei zudem darauf, dass jedenfalls aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht diese Frage im Ergebnis insofern an Relevanz einbüßt, als die Verarbeitung von Abfällen jedenfalls als Dienstleistung anzusehen ist bzw. wäre.

<sup>36</sup> Insbesondere insoweit, als auch gewisse kollektive Regelungen unter den Tatbestand des Art. 39 EGV fallen. Vgl. EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921.



Drittwirkung des Art. 39 EGV zwischen Privaten ausgehen dürfte<sup>37</sup>. Denn der Zusammenhang der Art. 28 ff., 81 ff. EGV legt nahe, dass staatliche Verhaltensweisen eben von Art. 28 ff. EGV erfasst werden, während sich privates Verhalten am Maßstab der Art. 81 ff. EGV orientieren muss<sup>38</sup>. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem Staat nicht gewisse Schutzpflichten obliegen können<sup>39</sup>.

- In Bezug auf den *Tatbestand des Art. 28 EGV* dürfte in unserem Zusammenhang in erster Linie das Verbot der *Maßnahmen gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen* (Art. 28 EGV) relevant sein. Auf der Grundlage der sog. „*Dassonville-Formel*“ ist hierunter jede staatliche Regelung zu verstehen, „die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“<sup>40</sup>. Ausreichend ist also die Eignung, eine einfuhrbeschränkende Wirkung zu entfalten.

Ausgenommen sind – auf der Grundlage der sog. „*Keck-Rechtsprechung*“, die allerdings in der Sache schon früher zur Anwendung kam – „bestimmte Verkaufsmodalitäten“, sofern sie nicht diskriminierend ausgestaltet sind und den Absatz der inländischen und der aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren<sup>41</sup>.

Staatliche Regelungen im Hinblick auf die Abfallentsorgung können grundsätzlich unter die erwähnte Dassonville-Formel fallen: Denn häufig werden sie dazu führen, dass Abfälle unter gewissen Voraussetzungen und ggf. in Abhängigkeit ihrer Zusammensetzung in einer bestimmten Art und Weise sortiert und ggf. entsorgt werden müssen. Derartige Maßnahmen aber implizieren entsprechende (höhere) Kosten für die betroffenen Unternehmen, womit dann auch der Absatz eingeführter Waren berührt werden kann. Der Umstand, dass solche Maßnahmen in der Regel nicht diskriminierend ausgestaltet sind, ändert hieran nichts, fallen doch auch weder formell noch materiell diskriminierende Maßnahmen unter den Tatbestand des Art. 28 EGV<sup>42</sup>.

- Die Verbotswirkung des Art. 28 EGV entfällt jedoch immer dann, wenn die jeweiligen Maßnahmen aus in Art. 30 EGV genannten Gründen oder aus sog. *zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls* – wobei letztere nach der nicht in jeder Beziehung

---

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano), Urteil vom 6.6.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung. Im Einzelnen sind hier jedoch noch zahlreiche Fragen nicht geklärt, so etwa diejenige nach den möglichen Rechtfertigungsgründen und nach der genauen Reichweite der Drittwirkung, insbesondere auch im Rahmen der anderen Grundfreiheiten.

<sup>38</sup> Vgl. ausführlich zum Problemkreis *Müller-Graff*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997, Art. 30, Rdnr. 301 ff.; s. i. Erg. wie hier *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 28, Rdnr. 88 ff.

<sup>39</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-6959. Hierzu *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 28, Rdnr. 47 ff.

<sup>40</sup> EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rdnr. 5.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-267, 268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097. Vgl. hierzu im Zusammenhang mit der Entwicklung der Rechtsprechung *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 28, Rdnr. 26 ff., m.w.N. S. auch die Nachweise in Fn. 34.

<sup>42</sup> Abgesehen von der erwähnten Ausnahme der „bestimmten Verkaufsmodalitäten“. Angesichts der Produktbezogenheit solcher Maßnahmen dürften die Voraussetzungen für das Vorliegen „bestimmter Verkaufsmodalitäten“ aber im Ergebnis nicht gegeben sein.

überzeugenden Rechtsprechung des EuGH nur bei nicht diskriminierenden Maßnahmen herangezogen werden dürfen<sup>43</sup> – gerechtfertigt sind<sup>44</sup>. In unserem Zusammenhang kommt eine Rechtfertigung aus Gründen des *Umweltschutzes* in Betracht, der ausdrücklich durch den EuGH als ein solches zwingendes Erfordernis anerkannt worden ist<sup>45</sup>. Eine umweltgerechte Abfallentsorgung ist zweifellos Erwägungen des Umweltschutzes zuzuordnen, so dass ein zwingendes Erfordernis als solches vorliegt. Die konkret ergriffene Maßnahme muss allerdings noch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen, also insbesondere geeignet und erforderlich zur Verfolgung des angestrebten Zwecks sein. Ob und inwieweit dies der Fall ist, kann nur im Hinblick auf eine konkrete Maßnahme geprüft werden. Immerhin ist anzumerken, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Ausgestaltung des Schutzes der Rechtsgüter sowie der Festlegung des Schutzniveaus und damit des von ihnen für erforderlich gehaltenen Schutzmaßes<sup>46</sup> frei sind; auch ist ihnen ein *Beurteilungsspielraum* hinsichtlich ggf. vorliegender tatbestandlicher Unsicherheiten, z.B. über die Schädlichkeit von Farb- und sonstigen Zusatzstoffen<sup>47</sup>, einzuräumen.

#### b) Anwendung auf § 6 III VerpackV und das Duale System

Wendet man nun die skizzierten Grundsätze konkret auf die Regelung der Abfallentsorgung im Bereich der Verpackungen in der Verpackungsverordnung sowie die konkrete Ausgestaltung durch das Duale System an, so ergibt sich folgendes Bild<sup>48</sup>:

<sup>43</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. 113/80 (Kommission/Irland), Slg. 1981, 1625; EuGH, Rs. 59/82 (Schutzverband/Weinvertriebs GmbH), Slg. 1983, 1217. Zur Kritik *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 28, Rdnr. 38; *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 30, Rdnr. 40 ff.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu, unter Berücksichtigung der dogmatischen Fragen (so etwa diejenige nach der Einordnung der durch die Rechtsprechung entwickelten zwingenden Erfordernisse) *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 28, Rdnr. 19 ff., 38; *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 28, Rdnr. 104 ff., jeweils m.w.N.

<sup>45</sup> EuGH, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607.

<sup>46</sup> Vgl. etwa die Ausführungen in EuGH, Rs. 34/79 (Henn und Darby/Regina), Slg. 1979, 3795, Ziff. 15 ff. in Bezug auf den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit; s. auch EuGH, Rs. 272/80 (Strafverfahren gegen Biologische Producten), Slg. 1981, 3277, Ziff. 12; EuGH, Rs. 174/82 (Strafverfahren gegen Sandoz), Slg. 1983, 2445, Ziff. 16.; EuGH, Rs. 304/84 (Muller/Ministère public), Slg. 1986, 1511, Ziff. 21; EuGH, Rs. C-293/94 (Strafverfahren gegen Brandsma), Slg. 1996, I-3159, Ziff. 11 ff.; EuGH, Rs. C-67/97 (Strafverfahren gegen Ditlev Bluhme), Slg. 1998, I-8033. S. in bezug auf den Gesundheitsschutz die Ausführungen bei *Astrid Epiney/Thomas M.J. Möllers*, Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz, 1992, 69 ff. mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. 174/82 (Strafverfahren gegen Sandoz), Slg. 1983, 2445, Ziff. 19 (Vitamine); EuGH, Rs. 227/82 (Strafverfahren gegen van Bennekom), Slg. 1983, 3883, Leitsatz 6; s. auch EuGH, Rs. 304/84 (Muller/Ministère public), Slg. 1986, 1511, Ziff. 20; s. neuerdings insbesondere EuGH, Rs. C-388/95 (Belgien/Spanien), Urteil vom 16.5.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung.

<sup>48</sup> Dabei scheitert die Anwendung des Art. 28 EGV nicht schon daran, dass eine gemeinschaftsweite Harmonisierung erfolgt wäre. Denn die möglicherweise einschlägige Verpackungsrichtlinie (RL 94/62, ABl. 1994 L 365, 10) stellt nur eine teilweise Harmonisierung dar, wie sich schon aus Art. 6 VI RL 94/62 ergibt. Jedenfalls sind ihr keine genauen Vorgaben über die Art und Weise, wie die auch von der Richtlinie vorgeschriebenen Verwertungsquoten zu erreichen sind, zu entnehmen; die Organisation der

Anknüpfungspunkt bzw. die relevante hoheitliche Maßnahme ist § 6 III VerpackV in Verbindung mit § 6 I, II VerpackV; die Allgemeinverfügung, mit der festgestellt wird, dass die Voraussetzungen des § 6 III VerpackV erfüllt sind und damit die Primärpflichten der § 6 I, II VerpackV entfallen, vollzieht an sich (nur) die schon präexistenten gesetzlichen Bestimmungen. Nicht am Maßstab des Art. 28 EGV zu prüfen ist hingegen die konkrete Ausgestaltung des Systems durch die DSD: Hier handelt es sich um privates Verhalten, das eben aus dem Anwendungsbereich des Art. 28 EGV herausfällt. Allerdings kann das Verhalten der DSD insofern von Bedeutung sein, als die gesetzlichen Bestimmungen dieses faktisch „zwingen“, eine bestimmte Konzeption zu verfolgen oder sich in einer bestimmten Form zu verhalten<sup>49</sup>. Zur Debatte steht also hier die Ablösungsmöglichkeit von den Primärpflichten sowie – daran anschließend – die darauf bezogene Feststellung der zuständigen Landesbehörde.

Fraglich ist hier zunächst, ob es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung im Sinne des Art. 28 EGV handelt. Zweifel daran könnten insofern bestehen, als § 6 III VerpackV ja an sich nur den Rahmen für die Bildung eines Entsorgungssystems definiert, während die Schaffung des Systems selbst erst nachfolgend durch die beteiligten Privaten erfolgt. Dies könnte dazu führen, dass schon die Existenz einer staatlichen Maßnahme zu verneinen wäre, fehlt es doch an einer zwingenden staatlichen Regelung; jedenfalls aber könnte eine allenfalls gegebene einfuhrbeschränkende Wirkung<sup>50</sup> nicht auf die staatliche Regelung, sondern die Schaffung und Ausgestaltung des Dualen Systems durch die Privaten zurückzuführen sein<sup>51</sup>. Im Ergebnis vermögen diese Erwägungen jedoch nicht zu überzeugen: Denn eine Maßnahme gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen liegt auch schon dann vor, wenn die in Frage stehende staatliche Maßnahme nur in mittelbarer Weise einfuhrbeschränkende Wirkung entfaltet<sup>52</sup>. Wenn dies aber so ist, vermag das „Dazwischentreten“ der Privaten nichts am Vorliegen einer Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung zu ändern.

Damit ist allein entscheidend, ob die gesetzliche Regelung in § 6 I-III VerpackV (in Verbindung mit der Feststellungsverfügung nach § 6 III VerpackV) als solche bereits potenziell einfuhrbeschränkende Wirkung entfaltet. Dies dürfte im Ergebnis zu bejahen sein: Denn die in § 6 I, II VerpackV statuierten Primärpflichten dürften für die verpflichteten Hersteller und Vertreiber einen relativ hohen Aufwand bedeuten, der doch spürbar reduziert wird, wenn man sich einem nach § 6 III VerpackV „anerkannten“ System anschließt. Dies

---

Entsorgung und Verwertung liegt demnach nach wie vor in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Vgl. i.Erg. ebenso *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 303 f.

<sup>49</sup> In diesem Sinn ist es wohl zu verstehen, wenn angenommen wird, eine Maßnahme gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen liege deshalb vor, weil die DSD die Hersteller und Vertreiber faktisch zur Verwendung des „Grünen Punktes“ zwingt, so *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 309 f. Denn letztlich dürfte schon die gesetzliche Regelung in § 6 I-III VerpackV dieses Verhalten „heraufbeschwören“. Vgl. hierzu noch im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit des Art. 81 EGV auf das Verhalten der DSD unten III.3.b).

<sup>50</sup> Hierzu sogleich im Text.

<sup>51</sup> So offenbar *Becker-Schwarze*, Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts (Fn. 2), 71.

<sup>52</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. 113/80 (Kommission/Irland), Slg. 1981, 1625 (Verkaufskampagne „Buy Irish“).

impliziert wiederum, dass für die betroffenen Unternehmen ein „fast unwiderstehlicher“ Anreiz geschaffen wird, ein System nach § 6 III VerpackV einzurichten oder dessen Schaffung durch Dritte substantiell zu fördern. Im Ergebnis werden sich dann Hersteller und Vertreiber von Verpackungen diesem System anschließen, können sie doch nur so der Primärpflichten aus § 6 I, II VerpackV entgehen<sup>53</sup>. Dieser faktische Druck besteht natürlich in gleicher Weise für Importeure, womit Kosten verbunden sind (die je höher sind, desto aufwendiger die Verpackung ausgestaltet ist) und damit die einfuhrbeschränkende Wirkung gegeben ist, reicht doch eine „staatliche Förderung“ von Einfuhrbeschränkungen für die Erfüllung des Tatbestandes des Art. 28 EGV aus. Im Übrigen impliziert die konkrete Ausgestaltung nun der in § 6 III VerpackV formulierten Anforderungen an ein System für seine Anerkennung durch die zuständige Landesbehörde (die wiederum für die Ablösungsmöglichkeit vorausgesetzt wird), dass es jedenfalls in einem Bundesland, wahrscheinlicher aber in mehreren bzw. im ganzen Bundesgebiet (wie ja auch die Entwicklung der DSD zeigt), nur ein oder allenfalls sehr wenige solche Systeme geben kann. Denn insbesondere die Garantie der flächendeckenden Entsorgung dürfte kaum von zahlreichen Unternehmen gewährleistet werden können. Dies dürfte die sowieso schon bestehende einfuhrbeschränkende Wirkung eher noch verstärken, besteht doch faktisch ein Kontrahierungszwang mit den Monopolisten.

Ergänzend sei sodann darauf hingewiesen, dass die in § 6 I, II VerpackV stipulierten Rücknahme- und Verwertungspflichten natürlich auch Maßnahmen gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen darstellen, ziehen sie doch eine Erschwerung des Absatzes von Waren, jedenfalls von solchen mit (aufwendigen) Verpackungen, nach sich<sup>54</sup>.

Damit wird dann die Frage aufgeworfen, ob sich die Regelung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls rechtfertigen lässt. Da es sich um eine nicht diskriminierende Maßnahme handelt, können die zwingenden Erfordernisse grundsätzlich Anwendung finden, wobei konkret der Umweltschutz in Betracht zu ziehen ist: Die Regelung in § 6 III VerpackV bezweckt im Ergebnis die Sicherstellung der stofflichen Verwertung der Abfälle, insbesondere der Einhaltung der in Anhang I VerpackV stipulierten Verwertungsquoten<sup>55</sup>. Damit wird letztlich auch eine Verringerung des definitiv zu entsorgenden Restabfallvolumens angestrebt. Diese Erwägungen können grundsätzlich zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls darstellen: Zunächst ist es aus umweltpolitischer Sicht

<sup>53</sup> Vgl. zu diesem „messbaren faktischen Zwang“ auch *Scholz/Aulehner*, BB 1993 (Fn. 29), 2250 (2255); i. Erg. ähnlich wie hier *Franzius*, Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung (Fn. 2), 193 ff., der im Zusammenhang mit der Frage des Vorliegens eines Grundrechtseingriffs hervorhebt, dass die Mittelbarkeit einer Beeinträchtigung der Annahme eines Eingriffs nicht entgegenstehe; i. Erg. ebenso v. *Winterfeld*, Fs Deringer (Fn. 2), 195 (204 f.).

<sup>54</sup> Abweichend aber *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 306 ff., der davon spricht, dass Rücknahmepflichten „nur dann als Einfuhrbeschränkungen anzusehen seien, wenn sie Importeure im Verhältnis zu nationalen Herstellern in irgendeiner Weise stärker belasten“ (307). Dieser Ansatz trägt aber der Tragweite des Art. 28 EGV als Beschränkungsverbot nicht Rechnung.

<sup>55</sup> Daneben werden aber noch eine Reihe weiterer Ziele verfolgt, wie insbesondere die Abfallvermeidung und die vermehrte Verwendung ökologischer Verpackungen. Vgl. zu diesen Zielen *Scholz/Aulehner*, BB 1993 (Fn. 29), 2250; *Voßkuhle*, Kompensationsprinzip (Fn. 29), 213.

jedenfalls vertretbar, eine solche Verwertung anzustreben. Dies wird auch und gerade durch die einschlägigen Regelungen des gemeinschaftlichen Abfallrechts bestätigt: Art. 3 I RL 75/442 sieht vor, dass prioritär die Entstehung von Abfällen zu verhindern oder zu verringern ist, und an zweiter Stelle steht die Wiederverwertung der Abfälle. Die Verpackungsrichtlinie<sup>56</sup> bestätigt diesen Ansatz spezifisch in Bezug auf Verpackungen; ihr Ziel geht u.a. dahin, die Abfallmenge einzudämmen und – soweit dies nicht möglich ist – die Verwertung der Abfälle sicherzustellen. Im Hinblick auf letzteren Punkt sieht denn die Richtlinie Verwertungsquoten für Abfälle vor<sup>57</sup>.

Fraglich könnte jedoch die Verhältnismäßigkeit der konkreten Regelung des § 6 III VerpackV sein: Zweifel an der Geeignetheit der Maßnahme zur Abfallvermeidung könnten sich zunächst vor dem Hintergrund ergeben, dass letztlich insofern eher auf die Verwertung, denn auf die Vermeidung von Abfällen abgezielt werde, als die durch § 6 III VerpackV entstehenden Unternehmen natürlich an einem möglichst florierenden Geschäft interessiert sind, was im Ergebnis ein möglichst hohes Abfallaufkommen voraussetzt. Hingegen dürfte die in § 6 I-III VerpackV getroffene Regelung sicherlich geeignet sein, die Erreichung der angestrebten Verwertungsquoten zu gewährleisten. Im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme könnte man sich fragen, ob denn wirklich die Förderung von (Quasi-) Monopolen der Abfallentsorgung das mildeste Mittel darstellt. Im Ergebnis aber dürften diese Bedenken nicht durchgreifen: Denn schon die mit der Abfallentsorgung für die einzelnen Hersteller und Vertrieber verbundenen Kosten dürften zumindest dazu beitragen, die Abfallmenge etwas zu verringern, so dass die Geeignetheit nicht von vornherein verneint werden kann. Im Hinblick auf die Erforderlichkeit ist zu bemerken, dass es jedenfalls nicht abwegig ist davon auszugehen, dass die Sicherstellung von Verwertungsquoten verlässlich eben nur durch monopolähnliche Strukturen sichergestellt werden können<sup>58</sup>, und dass der Nachweis, diese Überlegung sei unzutreffend, m.E. nicht erbracht ist<sup>59</sup>. Daher dürfte die Verhältnismäßigkeit der Regelung im Ergebnis zu bejahen sein. Hieran ändern denn auch gewiss bestehende tatbestandliche Unsicherheiten in Bezug auf die genauen Wirkungen der getroffenen Maßnahmen nichts, ist den Mitgliedstaaten doch hier ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen<sup>60</sup>.

## 2. Zur Anwendbarkeit des europäischen Vergaberechts

<sup>56</sup> RL 94/62 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABl. 1994 L 365, 10.

<sup>57</sup> Vgl. zur Verpackungsrichtlinie die Überblicke bei *Astrid Epiney*, Umweltrecht in der EU, 1997, 280 f.; *Walter Frenz*, Europäisches Umweltrecht, 1997, 115 ff.

<sup>58</sup> Vgl. zu dieser Erwägung etwa *Wolfram Brück*, Beitrag zur Podiumsdiskussion, in: Peter Marburger/Michael Reinhardt/Meinhard Schröder (Hrsg.), Umweltschutz und Wettbewerb, 1997, 174; a.A. etwa (im Zusammenhang mit Art. 12 GG) *Scholz/Aulehner*, BB 1993 (Fn. 29), 2250 (2260), wobei die Mittel jedoch nicht genügend in Beziehung zu dem konkret angestrebten Ziel gesetzt werden.

<sup>59</sup> Vgl. auch die eher positive, wenn auch nicht abschließende Bewertung bei *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 75 ff. I. Erg. die Verhältnismäßigkeit bejahend auch *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 314 f.

<sup>60</sup> Oben III.1.a).



Die Feststellungsverfügung auf der Grundlage des § 6 III VerpackV führt letztlich dazu, dass das betroffene bzw. begünstigte Unternehmen Entsorgungsdienstleistungen erbringen kann, die jedenfalls insofern im öffentlichen Interesse liegen, als die Verwertung der Abfälle gemäß den gesetzlichen Vorgaben sichergestellt wird. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob hier die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Bereich der öffentlichen Aufträge Anwendung finden. Hintergrund der Regelung des öffentlichen Auftragswesens im Gemeinschaftsrecht<sup>61</sup> ist in erster Linie die angestrebte Vermeidung der Diskriminierung zwischen in- und ausländischen Bietern bei der Vergabe der wirtschaftlich höchst bedeutsamen<sup>62</sup> öffentlichen Aufträge<sup>63</sup>.

Zwar findet das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV grundsätzlich auch auf die Vergabe öffentlicher Aufträge Anwendung, so dass es den Mitgliedstaaten verboten ist, aufgrund der Staatsangehörigkeit bzw. der Herkunft der Unternehmen Unterscheidungen zu treffen<sup>64</sup>. Der Anwendungsbereich des Vertrages dürfte nämlich jedenfalls vor dem Hintergrund des engen Zusammenhangs der Vergabe öffentlicher Aufträge mit der Wahrnehmung der Grundfreiheiten eröffnet sein. Allerdings ist die rechtliche Tragweite des Art. 12 EGV insofern beschränkt, als eben nur Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit im Ergebnis verboten sind, während aus dieser Bestimmung keine verfahrensrechtlichen Vorgaben oder die Verpflichtung zur Ergreifung sonstiger Maßnahmen zur Sicherstellung der gleichen Chancen von Bietern aus verschiedenen Mitgliedstaaten abgeleitet werden können. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass auch im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen die Grundfreiheiten selbst – dann als „besondere Bestimmungen“ im Sinne des Art. 12 EGV und damit unter Ausschluss dieser Bestimmung – herangezogen werden können<sup>65</sup>.

Vor diesem Hintergrund hat die Gemeinschaft denn auch spezielle Vergaberichtlinien erlassen<sup>66</sup>. Mit diesen Richtlinien soll im Wesentlichen die Vergabe öffentlicher Aufträge im wettbewerblichen Verfahren sichergestellt werden; zu diesem Zweck werden insbesondere gewisse Verfahrensregeln festgeschrieben, die eine größtmögliche Transparenz bei der Vergabe garantieren sollen und Zuschlagskriterien umschreiben; sodann sind den Einzelnen

---

<sup>61</sup> Hinzuweisen ist an dieser Stelle aber auch auf den Umstand, dass das öffentliche Beschaffungswesen mittlerweile auch Gegenstand der WTO-Regelungen ist: Das WTO-Beschaffungsübereinkommen (Government Procurement Agreement) ist seit 1.1.1996 in Kraft. Vgl. hierzu ausführlich *Gerhard Kunnert*, WTO-Vergaberecht, 1998, passim.

<sup>62</sup> Vgl. die Zahlen bei *Jürgen Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, in: *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, 13 (14).

<sup>63</sup> Vgl. nur *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge (Fn. 62), 13 (14 f.).

<sup>64</sup> Vgl. schon *Brita Sundberg-Weitman*, Discrimination on Grounds of Nationality. Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty, 1977, 221 f.

<sup>65</sup> Vgl. nur *Timm R. Meyer*, Rechtsquellen des Vergaberechts, in: *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, 47 (56).

<sup>66</sup> Derzeit gibt es vier solcher materieller Vergaberichtlinien: RL 93/37 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1993 L 199, 54; RL 93/36 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1993 L 199, 1; RL 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992 L 209, 1; RL 93/38 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1993 L 199, 84.

(mittels der „Rechtswegrichtlinien“<sup>67</sup>) bei der Umsetzung gerichtlich durchsetzbare Rechte zu gewähren<sup>68</sup>.

In unserem Zusammenhang könnte in erster Linie die RL 92/50 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge<sup>69</sup> einschlägig sein.

Die anderen Richtlinien fallen schon deshalb außer Betracht, weil sich ihr Anwendungsbereich auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt, zu denen die Abfallentsorgung eben nicht gehört.

Der *persönliche Anwendungsbereich der RL 92/50* nimmt zunächst auf „öffentliche Auftraggeber“ Bezug: Hierunter sind nach Art. 1 Ziff. b) RL 92/50 auch „Einrichtungen des öffentlichen Rechts“ zu verstehen, die durch die in der Vorschrift aufgeführten drei Merkmale, die kumulativ vorliegen müssen<sup>70</sup>, gekennzeichnet sind:

- Die jeweilige Einrichtung muss zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende öffentliche Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind;
- sie muss Rechtspersönlichkeit besitzen und
- sie muss überwiegend vom Staat, Gebietskörperschaften oder sonstigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert oder kontrolliert werden.

Damit ist die Anwendung der Richtlinie auf private Unternehmen, die Aufgaben im öffentlichen Entsorgungsbereich wahrnehmen ausgeschlossen. Dies bedeutet für das Beispiel des Dualen Systems, dass die DSD selbst nicht Adressatin der Vergaberegeln ist: Bei ihr fehlt jedenfalls die letzte Bedingung für das Vorliegen eines öffentlichen Auftraggebers im funktionalen Sinn, wird sie doch weder durch staatliche Behörden finanziert noch kontrolliert. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Staat durch die gesetzliche Regelung in der VerpackV die Gründung der DSD gefördert hat.

Allerdings könnte der Staat durch die Feststellungsverfügung einen öffentlichen Auftrag im Sinne der RL 92/50 vergeben haben. Im Ergebnis dürfte dies jedoch zu verneinen sein: Denn die RL 92/50 gilt nur für die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen (Art. 4 I RL 92/50); hierunter sind nach Art. 1 Ziff. a) nur zwischen dem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen entgeltlichen Verträge zu verstehen. Die DSD wird aber gerade nicht im Auftrag des Staates tätig, sondern ihre Tätigkeit erfolgt aus eigenem Antrieb – wenn auch im Gefolge eines diesbezüglichen staatlichen Anreizes. Insofern vergibt

---

<sup>67</sup> Vgl. nur RL 89/665 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauverträge, ABl. 1989 L 395, 33.

<sup>68</sup> S. die Zusammenfassung des Inhalts der Vergaberichtlinien bei *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge (Fn. 62), 13 (18 ff.), m.w.N.

<sup>69</sup> ABl. 1992 L 209, 1.

<sup>70</sup> Dies ergibt sich schon aus dem Text des Art. 1 Ziff. b) RL 92/50 und wurde auch in der Rechtsprechung des EuGH bestätigt. Vgl. EuGH, Rs. C-44/96 (Mannesmann/Strohal Rotationsdruck), Slg. 1998, I-73; EuGH, Rs. C-353/96 (Kommission/Irland), Slg. 1998, I-8565.

der Staat hier keinen Auftrag, so dass der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet ist<sup>71</sup>.

Etwas anderes würde gelten, wenn der Staat oder die Gebietskörperschaften private Unternehmen mit der Abfallentsorgung betrauen würden, wobei dann noch die Schwellenwerte eingehalten werden müssten. Das Steuerungsmodell der Verpackungsverordnung geht aber im Gegenteil davon aus, dass der Staat (nur) den gesetzlichen Rahmen schafft, innerhalb dessen die Privaten dann die Abfallentsorgung organisieren<sup>72</sup>, so dass schon von der Grundidee kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne der RL 92/50 vorliegt.

### 3. Zu wettbewerbsrechtlichen Aspekten: Art. 81, 86 EGV<sup>73</sup>

#### a) Zum Vorliegen eines Kartells im Sinne des Art. 81 I EGV

Art. 81 I EGV – der unmittelbar anwendbar ist<sup>74</sup> – verbietet wettbewerbsbeschränkende, nicht freigestellte (vgl. Art. 81 III EGV) Vereinbarungen zwischen Unternehmen<sup>75</sup>, die sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken können, dies mit der Folge ihrer Nichtigkeit (Art. 81 II EGV). Diese Bestimmung findet grundsätzlich auch auf im Zusammenhang mit dem Umweltschutz stehende Vereinbarungen Anwendung; es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass hier eine Bereichsausnahme zuzulassen wäre<sup>76</sup>.

Als solche Vereinbarungen können im Fall der Gründung und der Tätigkeit der DSD insbesondere zwei Kategorien von Rechtsgeschäften angesehen werden<sup>77</sup>:

<sup>71</sup> Damit kommt es denn auch nicht auf die Frage an, ob und inwieweit im Vergabeverfahren vergabefremde Aspekte z.B. umwelt- oder sozialpolitischer Natur aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht berücksichtigt werden dürfen. Vgl. hierzu den Überblick bei *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge (Fn. 62), 13 (27 f.); ausführlicher *Fridhelm Marx*, Vergabefremde Aspekte im Lichte des europäischen und deutschen Rechts, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, 77 ff.; *Fritz Rittner*, Die „sozialen Belange“ i.S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, 87 (93 ff.); *Michael Brenner*, Umweltschutz als Zuschlagskriterium im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe, UTR 1997, 141 ff. Umfassend nunmehr *Christoph Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000.

<sup>72</sup> Vgl. oben II.3.

<sup>73</sup> Auf Art. 82 EGV (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) soll im Folgenden hingegen nicht eingegangen werden. Im Ergebnis dürfte die Einschlägigkeit des Art. 82 EGV zu verneinen sein. Vgl. hierzu *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 332 ff.

<sup>74</sup> Vgl. nur *Brinker*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 81, Rdnr. 1.

<sup>75</sup> Dabei ist der Begriff des Unternehmens insofern funktional auszulegen ist, als hierunter im Ergebnis jede Einheit fällt, die wirtschaftlich tätig ist, vgl. *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 16.

<sup>76</sup> Vgl. *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 15; ebenso mit ausführlicher Begründung *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 90 ff.

<sup>77</sup> Die Tatbestandsmäßigkeit der hier genannten Verhaltensweisen entfällt auch nicht deshalb, weil sie den „einzigen Weg zur Herstellung von Wettbewerbsfähigkeit“ bilden, eine Konstellation, bei der teilweise schon die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 81 I EGV verneint wird, vgl. so *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 236 f.

- Zunächst stellt schon die Gründung der DSD selbst eine Vereinbarung im Sinne des Art. 81 I EGV dar<sup>78</sup>: Denn sie führt zweifellos – was im Übrigen auch ihr erklärtes Ziel ist – zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, wird doch die Aufgabe der Entsorgung nunmehr nur noch durch die DSD wahrgenommen bzw. kontrolliert. Die DSD ist nunmehr das einzige Unternehmen in Deutschland, das als flächendeckendes System die Sammlung und Verwertung von Verkaufsverpackungen gem. § 6 III VerpackV durchführt<sup>79</sup>. M.a.W. besteht eine Monopolstellung der DSD in Bezug auf Erfassung und Sortierung von Verkaufsverpackungen<sup>80</sup>.
- Aber auch die von der DSD abgeschlossenen Verträge insbesondere mit den Lizenznehmern sowie den Entsorgungs- und Verwertungsunternehmen fallen in den Anwendungsbereich des Art. 81 I EGV<sup>81</sup>: Im Gefolge der Monopolstellung der DSD implizieren nämlich auch sie eine Koordinierung und Regulierung der entsprechenden Märkte an Stelle des Wettbewerbs<sup>82</sup>.

Jedenfalls die Gründung der DSD selbst, in der Regel aber wohl auch die von ihr zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben abgeschlossenen Verträge<sup>83</sup> dürften auch dazu geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen<sup>84</sup>: Denn die Monopolstellung der DSD führt zu entsprechenden Strukturen auf dem gesamten Entsorgungsmarkt in Deutschland; damit wird jedenfalls die Tätigkeit anderer Anbieter von Entsorgungsdienstleistungen im Bereich der Erfassung und Sortierung von Verkaufsverpackungen verunmöglicht, was durchaus geeignet ist, den Handel<sup>85</sup> zu beeinträchtigen. Aber auch soweit die DSD Verträge etwa mit Verwertungsgesellschaften schließt, kann zumindest in Anbetracht ihrer Monopolstellung diese Bedingung erfüllt sein;

<sup>78</sup> Vgl. hierzu *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 18; *Alexander Riesenkampff*, Die private Abfallentsorgung und das Kartellrecht, BB 1995, 833 ff.; *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 97 ff.

<sup>79</sup> Vgl. nur *Hoppe/Weidemann*, Verwaltungsrechtliche Grundlagen (Fn. 2), 11.

<sup>80</sup> Vgl. VGH Kassel, NVwZ 2000, 92 ff., wonach ein gegen ein bestehendes duales System konkurrierendes anderes Erfassungs- und Verwertungssystem eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers unzulässig ist. Ausdrücklich ebenso etwa *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 102.

<sup>81</sup> Art. 81 I EGV erfasst nämlich unstreitig sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen. Vgl. nur *Thomas Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl., 1999, 417 ff.; *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 95 f.

<sup>82</sup> *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 18; *Klaus-Peter Schultz*, Wettbewerb in der Entsorgungswirtschaft, in: Peter Marburger/Michael Reinhardt/Meinhard Schröder (Hrsg.), Umweltschutz und Wettbewerb, 1997, 107 (129 f.); *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 101 ff.

<sup>83</sup> Wobei hier jedoch eine Prüfung in jedem Einzelfall notwendig wäre.

<sup>84</sup> Vgl. aber die nicht hinreichend begründete gegenteilige Ansicht bei *Thomé-Kozmiensky*, Verpackungsverordnung (Fn. 2), 170. Wie hier *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 107; *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 325.

<sup>85</sup> Dieser Begriff ist weit auszulegen, beschränkt sich also nicht auf den Warenverkehr, sondern auf den gesamten Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, womit insbesondere auch – in unserem Zusammenhang von Bedeutung – Dienstleistungen erfasst sind. Vgl. EuGH, Rs. 172/80 (*Züchner/Bayerische Vereinsbank*), Slg. 1981, 2021, Ziff. 18. Aus der Literatur etwa *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 81, Rdnr. 131; *Brinker*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 81, Rdnr. 58.

hier wäre allerdings eine Betrachtung im Einzelfall notwendig, die jedoch im vorliegenden Beitrag nicht geleistet werden kann<sup>86</sup>.

b) Zur tatbestandlichen Anwendbarkeit des Art. 81 I EGV auf die DSD

Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 81 I EGV auf Verhaltensweisen der DSD ergeben sich aber aus dem Umstand, dass jedenfalls die Gründung der DSD und bis zu einem gewissen Grad auch die Art und Weise ihrer Aufgabenwahrnehmung durch die gesetzliche Regelung des § 6 III VerpackV konditioniert ist: Der Anreiz der Freistellung von den Verpflichtungen der § 6 I, II VerpackV „verführt“ ja fast zwingend zur Schaffung eines solchen dualen Systems, das dann in Anknüpfung an die Voraussetzungen für den Erlass der Freistellungsverfügung eben zwingend ein Monopolist ist, zumindest in einem Bundesland<sup>87</sup>. Art. 81 I EGV wendet sich aber nur an Private; gehen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs (ausschließlich) auf staatliche Maßnahmen zurück, ist eben der Staat verantwortlich<sup>88</sup>.

Fraglich – und in unserem Zusammenhang relevant – ist vor diesem Hintergrund die Beurteilung der „Zwischenformen“, bei denen private und staatliche Akteure zusammenwirken<sup>89</sup>. Im Ergebnis erscheint es hier vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks des Art. 81 I EGV – der ja in Ergänzung zu den Grundfreiheiten privates wettbewerbswidriges Verhalten erfassen soll<sup>90</sup> – sachgerecht, darauf abzustellen, ob der Staat die wettbewerbswidrigen Vereinbarungen zumindest so maßgeblich beeinflusst hat, dass letztlich kein oder kaum noch Raum für eine wettbewerbliche Ausgestaltung bleibt, wenn auch den privaten Akteuren bei der Ausgestaltung im Einzelnen (noch) ein gewisser Freiraum verbleibt<sup>91</sup>. Dies ist aber in der hier relevanten Ausgangslage jedenfalls für die Gründung der DSD gegeben: § 6 I-III VerpackV ermutigt die Bildung eines Entsorgungsmonopolisten nach dem Vorbild der DSD. Weniger eindeutig ist die Lage bei der Wahrnehmung der Aufgaben

<sup>86</sup> Eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch die Gesamtheit der Tätigkeiten der DSD nehmen an: *Brinker/Horak*, EUDUR II (Fn. 11), § 81, Rdnr. 24. Ausführlich und i.Erg. ebenso *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 102 ff.

<sup>87</sup> Vgl. schon oben II.

<sup>88</sup> Vgl. mit zahlreichen weiteren Nachweisen, auch aus der Rechtsprechung, *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 117 ff.

<sup>89</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang etwa *Scholz/Aulehner*, BB 1993 (Fn. 29), 2250 (2252), die davon sprechen, dass die DSD „organisatorisch und kompetentiell im Grunde weder dem Staat noch der Wirtschaft zuzuordnen“ sei.

<sup>90</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-153/93 (Deutschland/Delta), Slg. 1994, I-2517, Ziff. 14; aus der Literatur etwa *Müller-Graff*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997, Art. 30, Rdnr. 301 ff.; s. i. Erg. wie hier *Becker*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 28, Rdnr. 88 ff.

<sup>91</sup> Ebenso *Brinker*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 81, Rdnr. 56; wohl auch *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 81, Rdnr. 13 ff.; offenbar a.A. *Schröter*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 118. Die Rechtsprechung hat diese Frage zwar bislang offengelassen (s. EuGH, Rs. 204/92 u.a. (Stichting Sigarettenindustrie u.a./Kommission, Slg. 1985, 3831, Ziff. 3871); sie dürfte allerdings der hier vertretenen Auffassung auch (zumindest zur Zeit) nicht entgegenstehen, vgl. etwa EuGH, Rs. C-153/93 (Deutschland/Delta), Slg. 1994, I-2517, Ziff. 14 ff.



durch die DSD; aber auch hier dürfte letztlich die Konditionierung durch die gesetzliche Regelung überwiegen<sup>92</sup>; dies bedürfte jedoch einer Untersuchung aller einschlägigen Verträge im Einzelnen, die hier nicht geleistet werden kann.

Damit kann Art. 81 I EGV m.E.<sup>93</sup> nicht unmittelbar herangezogen werden, mit der Folge, dass die Nichtigkeitssanktion nach Art. 81 II EGV nicht zur Geltung kommen kann.

#### c) Zu den Vorgaben des Art. 86 EGV

Allerdings bedeutet die Verneinung der direkten tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 81 I EGV nicht, dass dieser Bestimmung in unserem Zusammenhang überhaupt keine Bedeutung mehr zukommen würde; vielmehr sind die Mitgliedstaaten nach Art. 10 EGV i.V.m. Art. 81 I EGV gehalten, die effektive Wirksamkeit dieser Bestimmungen nicht durch staatliches Verhalten zu unterlaufen.

Der EuGH drückte dies wie folgt aus: „Artikel 85 EWG-Vertrag (heutiger Art. 81 EGV, Anm. der Verf.) betrifft an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten jedoch aufgrund von Artikel 85 in Verbindung mit Artikel 5 EWG-Vertrag (heutiger Art. 10 EGV, Anm. der Verf.) keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten. Nach dieser Rechtsprechung ist ein solcher Fall dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 85 verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt (...)“<sup>94</sup>

Diese Grundsätze können jedoch nur unter der Voraussetzung herangezogen werden, dass keine speziellen Vorschriften eingreifen; eine solche ist auch und gerade in Art. 86 EGV zu sehen<sup>95</sup>, so dass hier die Frage relevant wird, ob und inwieweit Art. 86 EGV im

<sup>92</sup> Vgl. i.Erg. insoweit ähnlich *Scholz/Aulehner*, BB 1993 (Fn. 29), 2250 (2252 ff.), die davon sprechen, dass die „DSD-GmbH damit zwar nicht vollständig, aber doch ganz überwiegend in der staatlichen Sphäre angesiedelt“ sei (2253). Allerdings dürfte der daraus gezogene Schluss, das Duale System quasi dem „Staat zuzurechnen“ zu weit gehen. S. i. Erg. wohl ähnlich wie hier *Franzius*, Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung (Fn. 2), 193; im Ansatz auch *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 318 f., der aber dann nicht konsequent genug die direkte Anwendbarkeit des Art. 81 I EGV verneint. Auch das Bundeskartellamt dürfte eine direkte Heranziehung der Wettbewerbsregeln bejahen, vgl. WuW 1992, 33 f.; auch *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 97 f., geht davon aus, dass immer dann, wenn ein Freiraum bestehe, Art. 85 EGV weiterhin heranzuziehen sei. Ein solcher sei aber im Zusammenhang mit der Gründung der DSD und der Aufnahme ihrer Tätigkeiten gegeben, schreibe § 6 III VerpackV dies doch nicht vor. Diese Betrachtungsweise mutet jedoch angesichts des faktischen Drucks sehr formal an und dürfte kaum der tatsächlichen Wirkung der gesetzlichen Rahmenbedingungen gerecht werden. I. Erg. ebenso *Matthias Bock*, Umweltrechtliche Prinzipien in der Wettbewerbsordnung der Europäischen Gemeinschaft, EuZW 1994, 47 (50). Zuzugeben ist allerdings, dass auch die Praxis der Kommission durchaus eher eine „rechtliche“, denn eine „tatsächliche“ Betrachtungsweise nahelegen könnte, s. etwa die Formulierung in einer Entscheidung in ABl. 1993 L 203, 27 (32); hierzu m.w.N. *Wolf Heinrich von Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen und das Kartellverbot des Gemeinschaftsrechts, 1996, 105 ff., der im Übrigen auch bei „quasi-rechtlichen“ Zwängen, denen sich die Unternehmen nicht entziehen können, die Anwendung des Art. 81 I EGV ausschließen will.

<sup>93</sup> Und offenbar entgegen der h.M. und der Ansicht der Kommission, s. die Nachweise in Fn. 88, 91.

<sup>94</sup> EuGH, Rs. C-153/93 (Deutschland/Delta), Slg. 1994, I-2517, Ziff. 14. S. hierzu m.w.N. *Becker-Schwarze*, Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts (Fn. 2), 250 ff.

<sup>95</sup> *Christian Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1999, Art. 86, Rndr. 4; *Bock*, EuZW 1994 (Fn. 92), 47 (50). Aus der (ständigen) Rechtsprechung nur EuGH, Rs. C-323/93 (La

Zusammenhang mit dem Agieren der DSD zur Anwendung kommen kann. Art. 86 EGV verpflichtet die Staaten, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine insbesondere den Wettbewerbsbestimmungen der Art. 81-89 zuwiderlaufenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Allerdings bezieht sich Art. 86 EGV ausschließlich auf staatliche Maßnahmen<sup>96</sup>, so dass Prüfungsmaßstab hier an sich nur staatliches Verhalten sein kann. In Betracht kommt daher nur die gesetzliche Regelung (konkret § 6 I-III VerpackV), in Verbindung mit der Feststellungsverfügung der zuständigen Landesbehörde. Dabei ist hier Gegenstand der Prüfung die Frage, ob dieses staatliche Verhalten eben gerade gegen Art. 81 EGV verstoßende Verhaltensweisen begünstigt, im Gegensatz zu der oben<sup>97</sup> erörterten Problemstellung des Verstoßes gegen Art. 28 EGV. Direkter Anknüpfungspunkt für die Verantwortlichkeit des Staates sind also wiederum die staatlichen Maßnahmen, also konkret § 6 I-III VerpackV, wenn es auch jetzt – im Gegensatz zur Prüfung des Art. 28 EGV – in erster Linie mittelbar um Gründung und Verhalten der DSD im Licht des Art. 81 I EGV geht.

Dies impliziert auch, dass das Verhalten der DSD selbst als privatrechtliches Agieren nicht von Art. 86 EGV erfasst wird. Erinnert sei im Übrigen daran, dass nach der hier vertretenen Ansicht das Verhalten der DSD nicht unmittelbar am Maßstab des Art. 81 EGV gemessen werden kann, eben auf der Grundlage der dominanten Rolle des Staates aufgrund des Erlasses der einschlägigen gesetzlichen Rahmenbedingungen, dies obwohl die Handlungen der DSD dem Staat nicht als solches zurechenbar sind. Immerhin sei bemerkt, dass sich dieser Ansatz eben nur auf die Anwendbarkeit der wettbewerblichen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts bezieht; in Bezug auf sonstiges Verhalten – z.B. im Zusammenhang mit der Erfüllung steuerlicher Pflichten o.ä. – ist die DSD natürlich selbst verantwortlich.

Der Anwendung des Art. 86 EGV steht auch nicht der Umstand entgegen, dass den Privaten, also der DSD, nun jeglicher Handlungs- und Entscheidungsspielraum fehlte, so dass eben – nach der vertraglichen Systematik – ausschließlich die Grundfreiheiten zur Anwendung kommen könnten<sup>98</sup>. Denn zwar fördert § 6 I-III VerpackV maßgeblich die Entstehung des Monopols und determiniert auch in einem gewissen Maß die wettbewerblich relevanten Verhaltensweisen der DSD; diese Konditionierung geht jedoch nicht so weit, dass den Privaten nun jeglicher Entscheidungsspielraum abginge. M.a.W. erreicht die staatliche Einflussnahme ein Ausmaß, das es sachgerecht erscheinen lässt, die Verantwortlichkeit selbst des Unternehmens aus Art. 81 I EGV abzulehnen, nicht jedoch diejenige des Staates nach Art. 86 EGV, womit bei beiden Vorschriften in dieser Frage – und wohl entgegen der h.M.<sup>99</sup> – unterschiedliche Maßstäbe zur Anwendung kommen. Dieser Ansatz drängt sich schon deshalb auf, weil Art. 86 EGV von seinem Normzweck her offenbar die Gesamtheit staatlichen Verhaltens erfasst (u.a. eben auch öffentliche Unternehmen) und hier die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen für anwendbar erklärt. Dann aber kann nur der Umstand, dass bestimmte private Verhaltensweisen nicht die Verantwortlichkeit nach Art. 81 I EGV nach sich ziehen, nicht zwingend dazu führen, dass auch die staatliche Verantwortlichkeit auf der Grundlage von Art. 86 EGV ausgeschlossen ist.

Die tatbestandliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 86 EGV dürfte in unserem Fall vor dem Hintergrund gegeben sein, als der DSD durch die Feststellungsverfügung im Ergebnis das Entsorgungsmonopol für Verpackungsabfälle gewährt wird, was als die

---

Crespelle/Coopérative d'élevage), Slg. 1994, I-5077, Ziff. 15. A.A. aber von Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86, Rdnr. 9, der davon ausgeht, dass Art. 10 i.V.m. Art. 81 I EGV und Art. 86 EGV nebeneinander anwendbar seien.

<sup>96</sup> von Burchard, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86, Rdnr. 29; EuGH, Rs. C-202/88, Slg. 1991, I-1223.

<sup>97</sup> III.1.

<sup>98</sup> Schröter, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 1997, Art. 85 Abs. 1, Rdnr. 121; aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. 177, 178/82 (van de Haar und Kaveka), Slg. 1984, 1797.

<sup>99</sup> S. die Nachweise in Fn. 88 ff.

Gewährung „besonderer oder ausschließlicher Rechte“ im Sinne des Art. 86 I EGV anzusehen ist<sup>100</sup>. Allerdings ist die Ausnahme des Art. 86 II EGV zu beachten: Danach gelten die vertraglichen Vorschriften für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, nur soweit, als sie die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben nicht rechtlich oder tatsächlich behindern<sup>101</sup>. Im Anwendungsbereich des Art. 86 EGV ist also keine Freistellung durch die Kommission notwendig, sondern den Mitgliedstaaten werden – im Ergebnis und in der Struktur letztlich den im Rahmen der Grundfreiheiten zur Anwendung kommenden Grundsätzen entsprechend – im Hinblick auf die Verfolgung öffentlicher Interessen bestimmte Freiräume zugestanden.

Dabei wird hier im Ergebnis davon ausgegangen, dass die Beurteilungs- und Kontrollmaßstäbe im Rahmen der Art. 28 ff., 86 I, II EGV parallel gelagert sind. Dies erscheint insofern ebenso sinnvoll wie notwendig, als es zwar um verschiedene Facetten jeweils staatlichen Verhaltens geht, im Ergebnis aber jedenfalls das liberalisierende Element (freier Warenverkehr oder freier Wettbewerb) mit der Verfolgung bestimmter öffentlicher Interessen in Konflikt steht und dieser Konflikt aufzulösen ist. Dann aber wäre es widersprüchlich jeweils unterschiedliche Beurteilungskriterien in Bezug auf die strukturell parallel gelagerte Fragestellung heranzuziehen.

Im Falle der DSD sprechen gute Gründe dafür, die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 86 II EGV als gegeben anzusehen, mit der Folge, dass insbesondere die kartellrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung finden: Zunächst ist die DSD sicherlich mit einer Aufgabe von öffentlichem wirtschaftlichen Interesse betraut; dieses Kriterium ist nämlich unter Heranziehung der „Querschnittsklausel“ so auszulegen, dass auch die Verfolgung umweltpolitischer Zielsetzungen darunter fällt<sup>102</sup>. Es wurde schon ausgeführt, dass die Sicherstellung quantitativ umschriebener Verwertungsquoten letztlich nur über eine monopolistische Struktur erreicht werden kann<sup>103</sup>, so dass die Anwendung insbesondere des Art. 81 EGV (jedenfalls soweit sie auf dem Monopol als solchem beruht), aber auch des Art. 82 EGV ausgeschlossen sein muss<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> In die gleiche Richtung wohl *Scholz/Aulehner*, BB 1993 (Fn. 29), 2250 (2254 f.); s. auch *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 246 f. S: aus der Rechtsprechung neuerdings EuGH, Rs. C-209/98 (*Entreprenorfrenings Affalds/Kobenhavns Kommune*), Urteil vom 23.5.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung, wo der EuGH die Erteilung einer Genehmigung zur Ausfuhr von Bauabfällen als die Einräumung eines ausschließlichen Rechts im Sinne des Art. 86 I EGV ansieht. Die Feststellungsverfügung dürfte in ihren Wirkungen der in diesem Fall zur Debatte stehenden Genehmigung gleichkommen.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs C-320/91 (*Vorbeau*), Slg. 1993, I-2533. S. in diesem Zusammenhang auch *von Burchard*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 86, Rdnr. 55, der ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH davon ausgeht, Art. 86 II EGV stelle einen allgemeine „Service Public-Vorbehalt“ dar.

<sup>102</sup> Ausdrücklich nunmehr EuGH, Rs. C-209/98 (*Entreprenorfrenings Affalds/Kobenhavns Kommune*), Urteil vom 23.5.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung, Ziff. 75 f. Aus der Literatur in diese Richtung etwa *Bock*, EuZW 1994 (Fn. 92), 47 (50).

<sup>103</sup> S.o. III.1. im Zusammenhang mit Art. 28 EGV.

<sup>104</sup> S. neuerdings EuGH, Rs. C-209/98 (*Entreprenorfrenings Affalds/Kobenhavns Kommune*), Urteil vom 23.5.2000, noch nicht in der amtlichen Sammlung, Ziff. 78 ff., wo der EuGH einen im Ergebnis parallelen Fall zu beurteilen hatte und dem betroffenen Mitgliedstaat hier im Ergebnis bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme einen recht weiten Gestaltungsspielraum einräumte. Vgl. in diesem Zusammenhang auch etwa EuGH, Rs. C-260/89 (*ERT/Dimotiki*), Slg. 1991, I- 2925; EuGH, Rs C-320/91 (*Corbeau*), Slg. 1993, I-2533, wo der Gerichtshof von der grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit auch von monopolartigen Strukturen ausgeht.

d) Hilfsweise: zu Art. 81 EGV

Wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausgeht, Art. 81 I finde auch bei der hier vorliegenden Fallgestaltung unmittelbar Anwendung, so wird – angesichts des Vorliegens eines Kartells im Sinne des Art. 81 I EGV<sup>105</sup> – (zunächst) die Frage nach der möglichen Rechtfertigung eines solchen Verstoßes gegen Art. 81 I EGV aufgeworfen. Es geht also m.a.W. darum, ob ein grundsätzlicher Verstoß gegen Art. 81 I EGV durch Hinzuziehung anderer Erwägungen – so auch und gerade solche ökologischer Natur – wieder relativiert bzw. gerechtfertigt werden kann, und dies unabhängig von dem in Art. 81 III EGV vorgesehenen Mechanismus der Gruppen- oder Einzelfreistellung. Bejahte man diese Frage aus grundsätzlicher Sicht, wäre u.a. immer schon dann eine Verletzung des Art. 81 I EGV zu verneinen, wenn die Kartellabsprache zur Verwirklichung etwa umweltpolitischer Zielsetzungen erfolgte und wohl den Kriterien der Verhältnismäßigkeit genüge. Die Frage der Freistellung käme damit erst dann zur Anwendung, wenn keine solche im Rahmen des Art. 81 I EGV anzusiedelnde Rechtfertigung vorliegt<sup>106</sup>. Damit werden dann auch schon die Bedenken gegen einen solchen Ansatz deutlich: Er impliziert nämlich letztlich eine tatbestandliche Reduktion des Anwendungsbereichs des Art. 81 I EGV, und dies zudem in einem häufig wohl nur schwer voraussehbaren Ausmaß. Damit wird aber der in Art. 81 III EGV vorgesehene Mechanismus untergraben: Dessen wesentliches verfahrensmäßiges Merkmal ist es ja gerade, der Kommission die ausschließliche Kompetenz für individuelle Freistellungen vom Kartellverbot einzuräumen; die betroffenen Unternehmen könnten m.a.W. selbst bestimmen, ob denn nun eine wettbewerbsbehindernde Absprache in legitimer (d.h. insbesondere verhältnismäßiger) Weise bestimmte (z.B. ökologische) Interessen verfolgt und damit „vernünftig“<sup>107</sup> ist oder nicht. Solche Grundsätze mögen für staatliches Verhalten sachgerecht sein, wie auch Art. 30, 86 II EGV zeigen; für privates Verhalten jedoch eignen

---

<sup>105</sup> Oben III.3.a).

<sup>106</sup> Im Schrifttum wird denn auch teilweise eine solche „Reduktion“ des Kartellverbots, gerade auch im Falle der ökologischen Rechtfertigung eines Kartells, vertreten. Vgl. den Überblick bei *Walter Frenz*, Nationalstaatlicher Umweltschutz und EG-Wettbewerbsfreiheit, 1997, 47 ff.; *von Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen (Fn. 92), 124 ff.; *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 109 ff. Hingegen finden sich in der Rechtsprechung des EuGH und der Praxis der Kommission hierfür keine Ansätze; vielmehr geht gerade die Kommission davon aus, dass umweltpolitische Gesichtspunkte eben im Rahmen der Freistellung nach Art. 81 III EGV zu berücksichtigen sind, vgl. ausdrücklich XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Ziff. 85. S. im Übrigen den Überblick über die diesbezügliche Praxis der Kommission bei *Martin Paschke*, Umweltschutz und Wettbewerb aus kartellrechtlicher Sicht, in: Peter Marburger/Michael Reinhardt/Meinhard Schröder (Hrsg.), Umweltschutz und Wettbewerb, 1997, 35 (53 ff.). Vgl. zur (fehlenden) Relevanz der „rule of reason“ in diesem Zusammenhang *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 111 ff.; s. auch *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 237 f., der allerdings den Umweltschutz davon unabhängig als eigenen Rechtfertigungsgrund auch im Anwendungsbereich des Art. 81 I EGV heranziehen will (241 f.).

<sup>107</sup> In Anlehnung an die „rule of reason“.

sie sich nicht<sup>108</sup>. Denn zu der erwähnten Konzeption des Vertrages im Hinblick auf das Verfahren unterliegt es doch erheblichen Zweifeln, ob die privaten Unternehmen denn dazu prädestiniert sind, öffentliche bzw. „vernünftige“ Interessen zu definieren und die zu ihrer Durchsetzung sich aufdrängenden Maßnahmen zu ergreifen. Hiergegen kann auch nicht die „Querschnittsklausel“ des Art. 6 EGV<sup>109</sup> geltend gemacht werden: Denn diese muss notwendigerweise im Rahmen der vertraglich vorgesehenen Grundsätze und Mechanismen Anwendung finden, so dass sie nicht dazu führen kann, diese zu unterlaufen. Für den Fall des Kartellverbots bedeutet sie daher nur (aber immerhin), dass im Rahmen der Freistellungsentscheidung eben auch ökologische Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, nicht aber, dass die Freistellung als solche hinfällig wird.

Damit bleibt im Falle der DSD an sich nur die Freistellung nach Art. 85 III EGV, bei deren Anwendung dann eben auch – im Anschluss an die der „Querschnittsklausel“ zu entnehmenden Vorgaben – umweltpolitische Erwägungen einfließen können bzw. müssen<sup>110</sup>. Im Einzelnen kommt eine Einzelfreistellung<sup>111</sup> unter folgenden (abschließenden)<sup>112</sup> Voraussetzungen<sup>113</sup> in Betracht<sup>114</sup>:

- Die Vereinbarung muss entweder zur Verbesserung der Waren- bzw. Dienstleistungserzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Unter „technischem und wirtschaftlichem Fortschritt“ müssen dabei – wie schon angedeutet – auch und gerade die

---

<sup>108</sup> A.A. aber etwa *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 241 f., der im Ergebnis die Systematik der Art. 28 ff. EGV auch auf Art. 81 I EGV übertragen will, insbesondere in Bezug auf die Anerkennung der „zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls“ als Rechtfertigungsgründe. Wie hier etwa *von Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen (Fn. 92), 140 ff., mit ausführlicher Begründung.

<sup>109</sup> Hierzu allgemein etwa m.w.N. *Christian Calliess*, Die neue Querschnittsklausel des Art. 6 ex 3c EGV als Instrument zur Umsetzung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung, DVBl. 1998, 559 ff.; speziell im Zusammenhang mit der Einbeziehung umweltpolitischer Erfordernisse in das Wettbewerbsrecht *von Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen (Fn. 92), 49 ff.

<sup>110</sup> Vgl. insoweit auch *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 127, m.w.N.

<sup>111</sup> Eine Gruppenfreistellung kommt hier nicht in Betracht, vgl. nur (in unserem Zusammenhang) *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 128 ff.

<sup>112</sup> Zum abschließenden Charakter der Voraussetzungen des Art. 81 III EGV, die damit auch implizieren, dass eine Freistellung allein aus ökologischen Gründen nicht in Betracht kommt, *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 135 ff. Dies verstößt auch nicht gegen die Querschnittsklausel, ist diese doch im Rahmen der vertraglichen Systematik, nicht aber über diese hinaus, heranzuziehen. Vgl. zu diesem Aspekt *Astrid Epiney*, Umweltrechtliche Querschnittsklausel und freier Warenverkehr: die Einbeziehung umweltpolitischer Belange über die Beschränkung der Grundfreiheit, NuR 1995, 497 (499 f.). Bezugnehmend auf die sich hier stellende Problematik bedeutet dies, dass ökologische Gesichtspunkte eben im Rahmen der Heranziehung und Auslegung der Voraussetzungen des Art. 81 III EGV berücksichtigt werden müssen.

<sup>113</sup> Diese sind jedoch nicht als Ausnahmenvorschriften aufzufassen, so dass sie nicht grundsätzlich eng auszulegen sind, vgl., m.w.N., *von Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen (Fn. 92), 150 f.

<sup>114</sup> Vgl. ausführlich zu diesen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Verfolgung umweltpolitischer Ziele *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 238 ff.; speziell in Bezug auf kooperative abfallrechtliche Rücknahme- und Verwertungssysteme *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 325 ff.; *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 127 ff.; letzterer fasst auch die Praxis von Kommission und EuGH zusammen.



Verwirklichung umweltpolitischer Zielsetzungen verstanden werden<sup>115</sup>. In Bezug auf die DSD und ihre Aktivitäten bedeutet dies, dass diese Bedingung vor dem Hintergrund als gegeben anzusehen ist, als die Schaffung und Tätigkeit der DSD u.a. dazu beiträgt, die Wiederverwertung von Abfällen in einem gewissen Ausmaß sicherzustellen.

- Die Verbraucher müssen am entstehenden Gewinn entsprechend beteiligt werden. Dieses Kriterium kann auch dann – vor dem Hintergrund der „Querschnittsklausel“ – als erfüllt angesehen werden, wenn umweltpolitische Gewinne zu verzeichnen sind, denn diese führen zumindest mittelbar und gesamthaft zu einer Erhöhung der Lebensqualität, so dass der Verbraucherbezug gegeben ist<sup>116</sup>.
- Die den Unternehmen auferlegten Beschränkungen müssen notwendig sein, um die angestrebten Ziele zu verwirklichen. Angesichts des hier den Mitgliedstaaten einzuräumenden Gestaltungsspielraums dürfte diese Bedingung erfüllt sein<sup>117</sup>.
- Schließlich darf den betroffenen Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Diese Voraussetzung könnte in unserem Fall problematisch sein, besitzt die DSD doch ein Entsorgungsmonopol für Verpackungsabfälle, so dass hier jedenfalls faktisch kein Wettbewerb mehr stattfindet<sup>118</sup>. Wenn das Duale System seine Aktivitäten aber nicht auch noch auf weitere Abfälle ausdehnt, bleibt auf dem Gesamtmarkt „Abfallentsorgung“ gleichwohl (noch) ein Restwettbewerb bestehen<sup>119</sup>. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass auch diese Bedingung im Ergebnis – unter Heranziehung des Art. 6 EGV – jedenfalls dann erfüllt sein dürfte, wenn ein Monopol eben notwendig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, was aber im Falle der DSD mit guten Gründen vertretbar ist<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> Auch die Praxis der Kommission geht jedenfalls teilweise in diese Richtung: So stellte sie etwa die Gründung eines Unternehmens, das eine neue Technologie zur Energieerzeugung entwickeln wollte, u.a. mit der Begründung frei, dass ein „Mehr“ an Umweltschutz erreicht werde, s. ABl. 1983 L 376, 17; s. auch XXV. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Ziff. 83 ff. I. Erg. wie hier etwa *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 239; *Paschke*, in: Umweltschutz und Wettbewerb (Fn. 106), 35 (56); ausführlich von *Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen (Fn. 92), 154 ff.

<sup>116</sup> Vgl. *Frenz*, Europäisches Umweltrecht (Fn. 57), 240. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Beteiligung nicht nur dann in Betracht kommt, wenn Preissenkungen erfolgen, sondern auch, wenn Qualitätssteigerungen erreicht werden können, ständige Rechtsprechung, vgl. nur EuG, Rs. T-17/93 (Matra Hachette/Kommission), Slg. 1994, II-595, Ziff. 117.

<sup>117</sup> Hier kann auf die Ausführungen oben zu Art. 28 EGV verwiesen werden. S.o. III. 1. I. Erg. ähnlich etwa *Becker-Schwarze*, Steuerungsmöglichkeiten des Kartellrechts (Fn. 2), 243 ff.

<sup>118</sup> S. denn auch *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 152, 160 ff., der (auch) aus diesem Grund gewisse Zweifel an der Zulässigkeit des DSD in seiner derzeitigen Form anmeldet.

<sup>119</sup> Damit ist hier also auch und gerade der Bezugsrahmen des Wettbewerbs für die Frage, ob diese Bedingung erfüllt ist oder nicht, entscheidend. Vgl. zu dieser Bestimmung des „relevanten Marktes“ etwa von *Bernuth*, Umweltschutzfördernde Unternehmenskooperationen (Fn. 92), 180.

<sup>120</sup> Vgl. insoweit auch *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 161. I. Erg. wie hier auch *Finckh*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 2), 328 f., der zudem noch darauf hinweist, dass der Wettbewerb zwischen Handelsunternehmen und zwischen den Anbietern auf den Märkten für verpackte Produkte nur partiell eingeschränkt werde.

Insgesamt dürfte damit die DSD grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Freistellung erfüllen; dies gilt wohl auch für die vertikalen Vertragsverhältnisse<sup>121</sup>.

#### IV. Schluss

Gezeigt hat die vorliegende Untersuchung damit, dass die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten bei der Abfallentsorgung im Ergebnis doch relativ weit gehen; dies beruht nicht zuletzt auf den Rechtfertigungsmöglichkeiten und Ausnahmebestimmungen, die es den Mitgliedstaaten immer dann erlauben dürften, Regelungen zu treffen, wenn tatsächlich umweltpolitische Zielsetzungen verfolgt werden. Hiermit ist im Übrigen keine Stellungnahme für oder gegen das Duale System (und verwandte Regulierungsformen) verbunden; vielmehr zeigt der vorliegende Beitrag nur (aber immerhin) auf, dass die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts recht weit ausfallen, was es den Mitgliedstaaten eben auch ermöglicht, die von ihnen aus politischer oder sonstiger Sicht sinnvollen Regelungen zur Lösung der anstehenden Probleme zu ergreifen. Dies impliziert dann aber auch, dass die Auseinandersetzungen dort geführt werden sollen, wo sie hingehören, nämlich auf der politischen Ebene in den Mitgliedstaaten<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Die Ansicht der Kommission geht in dieselbe Richtung. S. Kommission beabsichtigt, DSD vom Kartellverbot freizustellen, WuW 1997, 504 ff. Zu dem Verfahren vor der Kommission etwa *Ehle*, Einbeziehung des Umweltschutzes (Fn. 2), 79.

<sup>122</sup> Vgl. denn auch für eine Zusammenstellung der Kritikpunkte etwa *Wolfgang Kahl*, Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem KrW-/AbfG, DVBl. 1995, 1327 (1334 ff.).